



Dossier Contenus Numériques / Données

Philippe Pucheral, Nicolas Anciaux, Martine Behar-Touchais, Valérie-Laure Benabou, Nathalie Martial-Braz, Judith Rochfeld, Natacha Sauphanor-Brouillaud, Bianca Schulz, Juliette Senechal, Célia Zolynski

► To cite this version:

Philippe Pucheral, Nicolas Anciaux, Martine Behar-Touchais, Valérie-Laure Benabou, Nathalie Martial-Braz, et al.. Dossier Contenus Numériques / Données. Contrats concurrence consommation, 2017. hal-01429951

HAL Id: hal-01429951

<https://inria.hal.science/hal-01429951>

Submitted on 9 Jan 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

4 Données

Philippe PUCHERAL,

professeur d'informatique à l'Université de Versailles St-Quentin (Paris Saclay), responsable de l'équipe de recherche INRIA (Institut National de Recherche en Informatique et Automatique)-UVSQ SMIS (Systèmes d'informations sécurisés et mobiles)

Nicolas ANCIAUX,

chercheur à l'INRIA (Institut National de Recherche en Informatique et Automatique), membre de l'équipe SMIS (Systèmes d'informations sécurisés et mobiles)

Martine BEHAR-TOUCHAIS,

professeur à l'Université Paris I, co-directrice de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS), membre fondateur du Pôle Droit des contrats, de la consommation et du commerce électronique de Trans Europe Experts

Valérie-Laure BENABOU,

professeur à l'Université d'Aix-Marseille, membre du Pôle Droit de la Propriété Intellectuelle et du numérique de Trans Europe Experts

Nathalie MARTIAL-BRAZ,

professeur à l'Université Paris V, présidente de l'Association du Master 2 Droit des obligations civiles et commerciales (Paris-V), co-directrice du Pôle Droit de la Propriété Intellectuelle et du numérique de Trans Europe Experts

Judith ROCHFELD,

professeur à l'Université Paris I, co-directrice de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS), directrice du Master 2 Droit du commerce électronique et de l'économie numérique (Paris I), membre fondateur de Trans Europe Experts, membre du Pôle Droit des contrats, de la consommation et du commerce électronique de Trans Europe Experts

Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD,

professeur à l'Université de Versailles St Quentin (Paris Saclay), co-directrice du Pôle Droit des contrats, de la consommation et du commerce électronique de Trans Europe Experts

Bianca SCHULZ,

responsable du CEC (Centre Européen des Consommateurs) France, membre du Pôle Droit des contrats, de la consommation et du commerce électronique de Trans Europe Experts

Juliette SENECHAL,

maître de conférences à l'Université de Lille II, co-directrice du Pôle Droit des contrats, de la consommation et du commerce électronique de Trans Europe Experts

Célia ZOLYSKI,

professeur à l'Université de Versailles St Quentin (Paris-Saclay), co-directrice du Master 2 Propriété intellectuelle et droit des affaires numériques (Paris-Saclay), membre du Conseil National du Numérique, co-directrice du Pôle Droit de la Propriété Intellectuelle et du numérique de Trans Europe Experts

1. L'une des grandes innovations de la proposition de directive concernant les contrats de fourniture de contenu numérique réside dans la consécration par le législateur européen de la fourniture du contenu numérique en échange de données¹. Il est ainsi indiqué que « dans l'économie numérique, les acteurs du marché ont souvent et de plus en plus tendance à considérer les informations concernant les particuliers comme ayant une valeur comparable à celle de l'argent. Il est fréquent que du contenu numérique soit fourni, non pas en échange d'un paiement, mais moyennant une contrepartie non pécuniaire, c'est-à-dire en accordant l'accès à des données à caractère personnel ou autres(...) ». Cette orientation suppose de s'interroger sur l'étendue de la consécration des données du consommateur en tant que contrepartie contractuelle (1) et appelle des observations sur la nécessaire articulation entre

¹ J. Rochfeld, *Le « contrat de fourniture de contenus numériques » : la reconnaissance de l'économie spécifique « contenus contre données »*, Dossier « La fourniture de contenus numériques » : Dalloz IP/IT, janv. 2017, p. 15.

les textes relatifs à la protection des données personnelles et la proposition de directive, lorsque le consommateur apporte au fournisseur ses données personnelles (2).

1. Les données en tant que contrepartie non pécuniaire : étendue de la consécration

2. L'expertise apportée par l'INRIA a permis de cerner les caractéristiques des données fournies par le consommateur telles que saisies par la proposition de directive relative au contrat de fourniture de contenu numérique (A). Par ailleurs, la limitation du champ d'application de la proposition aux seules données fournies activement par le consommateur mérite d'être discutée (B).

A. – Observations de l'INRIA

3. **Paiement par un prix et paiement par les données.** - Le constat est opéré qu'il est possible d'utiliser les mêmes données pour obtenir plusieurs contenus numériques alors que l'argent qui a servi à l'obtention d'un contenu ne peut plus être utilisé pour obtenir un autre contenu. Ce constat doit être mis en parallèle avec le fait que le fournisseur procède, pour sa part, plusieurs fois à la fourniture du même contenu, dès lors que ledit contenu peut faire l'objet de répliques infinies.

La difficulté ne réside pas dans le caractère réutilisable de la donnée, que celle-ci soit une donnée personnelle ou non personnelle. Le problème se situe bien davantage dans le fait que le consommateur n'a pas nécessairement idée de la valorisation qui sera faite de ses données et n'a pas le contrôle sur l'utilisation de celles-ci. En effet, alors que le fournisseur de service a la capacité de brider l'usage d'un bien ou d'un service numérique par le biais de mesures techniques de protection (dite encore DRM pour Digital Right Management), en interdisant les copies par exemple, le consommateur ne dispose pas d'outils équivalents pour contrôler l'usage de ses données par le fournisseur. Cet élément introduit une asymétrie patente dans l'interaction entre fournisseur et consommateur.

4. **La notion de « données non personnelles » peu adaptée au contexte de la proposition de directive.** - La proposition de directive mentionne la possibilité de contrepartie sous la forme de données non personnelles. La question est de savoir si de telles données existent réellement dans le type d'interactions liant le fournisseur au consommateur. Il semble bien en effet que, dans le contexte visé par la proposition de directive, toute donnée puisse être associée à un individu et garde donc son caractère personnel. Le cas d'un photographe amateur prenant une photographie artistique de paysage et la transmettant à titre de paiement permet d'illustrer le propos. Le contenu de la photo n'est *a priori* pas une donnée personnelle, mais les métadonnées qui y sont associées (type de l'appareil voire identification de ce dernier, horaire et localisation de prise de la photo, etc.), permettent par croisement avec d'autres sources de données d'identifier le photographe. Il en va de même des données liées aux séquences d'événements produits lors d'une interaction avec un service numérique (par exemple la liste de films loués sur un site de VOD, la liste des déplacements effectués avec un service de guidage GPS, etc.). Il est en effet avéré qu'un très faible nombre d'événements produit une séquence unique parmi une population de personnes ; la mise en liste permet d'identifier l'individu qui les génère par simple recoupement d'informations. Par exemple, un système de guidage GPS « apprendra » au bout de quelques déplacements seulement où un individu habite, où il travaille, où il fait ses achats, quels sont ses loisirs, etc., ce en fonction des horaires et de la géolocalisation des lieux où il se trouve.

5. **La ré-identification des données anonymisées ou pseudonymisées.** - Une donnée personnelle pseudonymisée, voire une donnée anonymisée², peut souvent être ré-identifiée grâce à des croisements de différentes sources de données. Ce phénomène a déjà été mentionné à l'égard des traces GPS³ : même sans contenir le moindre identifiant, elles permettent de remonter facilement à l'identité de l'individu concerné. L'anonymisation n'est donc pas un processus binaire rendant une donnée totalement détachée de la personne. C'est plutôt un processus de dégradation de l'information dont l'objectif est de rendre cette ré-identification la plus difficile possible. La chercheuse statisticienne Natania Sweeney a démontré ce fait pour la première fois en 2002⁴. Elle a simplement croisé des fichiers de données médicales, dont les éléments identifiants avaient été retirés, avec les listes électorales, quant à elles publiques et nominatives. Le croisement s'est opéré sur certains attributs : sexe, code postal du lieu de résidence et date de naissance. Or, il s'est avéré que ce triplet d'attributs, appelé par Natania Sweeney *quasi-identifiant*, était unique pour 87% de la population américaine. Cela lui a permis de retrouver de façon emblématique le dossier médical du gouverneur de l'état en question. Elle a ensuite proposé une technique d'anonymisation dégradant la précision de ces quasi-identifiants (par exemple en remplaçant la date de naissance par l'année de naissance) de sorte à s'assurer qu'au moins k individus partagent ce quasi-identifiant dégradé (k permet ainsi de quantifier la protection). Hélas, il est difficile en pratique de déterminer quelles combinaisons d'attributs sont potentiellement quasi-identifiantes et de prévoir l'évolution des capacités de croisement. Par ailleurs, différentes stratégies d'attaque ont été trouvées sur ce modèle initial de *k-anonymat*, conduisant à des solutions d'anonymisation dégradant de plus en plus l'information à protéger jusqu'à la rendre quasiment inutile. La technique de pseudonymat, qui consiste à remplacer une donnée identifiante par un pseudonyme non significatif (l'association entre identifiant et pseudonyme étant gardée dans une table séparée et protégée) est sujet aux mêmes types d'attaques. Le pseudonymat permet de surcroît à un attaquant ou à un simple observateur de relier toutes les données historiques liées à un même individu, et donc de le profiler. Enfin, des techniques basées sur l'introduction de flou ou de bruit dans les données sont réputées plus sécurisées mais leur usage est encore très limité en pratique. En conclusion, l'anonymisation ne doit pas être vue comme une solution ultime mais plutôt comme un compromis entre protection des données et préservation de leur usage.

B. – Fourniture active de données par le consommateur

PROPOSITION DE DIRECTIVE concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique COM(2015) 634	PROPOSITION DE CORRECTION DE TRANS EUROPE EXPERTS
Considérant (14) En ce qui concerne la fourniture de contenu numérique non pas en échange d'un paiement, mais moyennant une contrepartie	Considérant (14) En ce qui concerne la fourniture de contenu numérique non pas en échange d'un paiement, mais moyennant une contrepartie

² V. cependant le considérant 26 du Règlement général sur la protection des données (RGDP) n° 2016/679 du 27 avril 2016 qui envisage un traitement juridique différent pour les données personnelles pseudonymisées et pour les données anonymisées, les premières étant soumises aux règles de protection des données personnelles alors que les secondes ne le sont pas.

³ V. *supra*, n° 4.

⁴ L. Sweeney, *k-anonymity: a model for protecting privacy* : *Int. J. Uncertain. Fuzziness Knowl.-Based Syst.*, vol. 10, no 5, p. 557–570, oct. 2002.

non pécuniaire, la présente directive devrait exclusivement s'appliquer aux contrats en vertu desquels le fournisseur demande des données, comme un nom et une adresse électronique ou des photos, et le consommateur les lui communique de façon active, directement ou indirectement, par exemple selon une procédure d'enregistrement individuel ou sur la base d'un contrat qui autorise l'accès aux photos du consommateur. La directive ne devrait pas s'appliquer aux cas où le fournisseur recueille les données requises pour que le contenu numérique fonctionne conformément au contrat, par exemple la localisation si elle est nécessaire au bon fonctionnement d'une application mobile, ou à la seule fin de satisfaire à des exigences légales, par exemple lorsque l'enregistrement du consommateur est requis, pour des raisons de sécurité et d'identification, par les législations applicables. De même, la présente directive ne devrait pas non plus s'appliquer aux cas où le fournisseur recueille des informations, y compris des données à caractère personnel, comme l'adresse IP, ou d'autres informations générées automatiquement, comme les informations recueillies et transmises par un cookie, sans que le consommateur ne les ait fournies activement, même si le consommateur accepte le cookie. Elle ne devrait pas non plus s'appliquer aux cas où des annonces publicitaires ciblent le consommateur uniquement afin d'accéder à du contenu numérique. □

non pécuniaire ***constituée par les données du consommateur, la présente directive devrait s'appliquer à l'ensemble des contrats qui collectent de telles données, qu'il s'agisse de ceux en vertu desquels le fournisseur demande des données, comme un nom et une adresse électronique ou des photos, et le consommateur les lui communique de façon active, directement ou indirectement, par exemple selon une procédure d'enregistrement individuel ou sur la base d'un contrat qui autorise l'accès aux photos du consommateur ; mais également de ceux en vertu desquels le fournisseur recueille les données requises pour que le contenu numérique fonctionne conformément au contrat, sans que le consommateur n'ait nécessairement conscience du traitement qui en est fait***, par exemple la localisation si elle est nécessaire au bon fonctionnement d'une application mobile, ou à la seule fin de satisfaire à des exigences légales, par exemple lorsque l'enregistrement du consommateur est requis, pour des raisons de sécurité et d'identification, par les législations applicables. De même, ***devrait être concerné par la présente directive les cas où le fournisseur recueille des informations, y compris des données à caractère personnel, comme l'adresse IP, ou d'autres informations générées automatiquement, comme les informations recueillies et transmises par un cookie, sans que le consommateur ne les ait fournies activement, même si le consommateur accepte le cookie. Elle devrait également s'appliquer aux cas où des annonces publicitaires ciblent le consommateur uniquement afin d'accéder à du contenu numérique. □******Ne devrait être exclus de la présente directive que les contrats pour lesquels la donnée n'est collectée qu'à des fins purement fonctionnelles et techniques et pour lesquels aucune valorisation des données n'est réalisée par le fournisseur.***

L'absence d'un prix versé par le consommateur en contrepartie du contenu numérique devrait faire présumer le caractère de contrepartie non pécuniaire des

	<i>données fournies par le consommateur.</i>
<p>Article 3 <input type="checkbox"/> Champ d'application <input type="checkbox"/></p> <p>1. La présente directive s'applique à tout contrat par lequel un fournisseur fournit un contenu numérique au consommateur ou s'engage à le faire, en échange duquel un prix doit être acquitté ou une contrepartie non pécuniaire, sous la forme de données personnelles ou de toutes autres données, doit être apportée de façon active par le consommateur. <input type="checkbox"/></p> <p>2. (...) <input type="checkbox"/></p> <p>3. (...) <input type="checkbox"/></p> <p>4. La présente directive ne s'applique pas au contenu numérique fourni en échange d'une contrepartie non pécuniaire dans la mesure où le fournisseur demande au consommateur de lui procurer des données à caractère personnel, dont le traitement est strictement nécessaire à l'exécution du contrat ou au respect d'obligations légales, et dans la mesure où le fournisseur ne procède à aucun autre traitement de ces données qui soit incompatible avec cette finalité. La présente directive ne s'applique pas non plus à toutes autres données que le fournisseur demande au consommateur de lui procurer afin de s'assurer que le contenu numérique soit conforme au contrat ou de respecter des obligations légales, dans la mesure où le fournisseur n'utilise pas ces données à des fins commerciales. <input type="checkbox"/></p>	<p>Article 3 <input type="checkbox"/> Champ d'application <input type="checkbox"/></p> <p>1. La présente directive s'applique à tout contrat par lequel un fournisseur fournit un contenu numérique <i>ou des services numériques y afférents</i> au consommateur ou s'engage à le faire, en échange duquel un prix doit être acquitté ou une contrepartie non pécuniaire, sous la forme de données personnelles ou de toutes autres données, doit être apportée de façon active ou passive par le consommateur. (...)</p> <p>4. La présente directive ne s'applique pas au contenu numérique fourni en échange d'une contrepartie non pécuniaire dans la mesure où lorsque le fournisseur demande au consommateur de lui procurer des données à caractère personnel, dont le traitement est strictement nécessaire à l'exécution du contrat ou au respect d'obligations légales, et dans la mesure où le fournisseur ne procède à aucun autre traitement de ces données qui soit incompatible avec cette finalité. La présente directive ne s'applique pas non plus à toutes autres données que le fournisseur demande au consommateur de lui procurer afin de s'assurer que le contenu numérique soit conforme au contrat ou de respecter des obligations légales, dans la mesure où le fournisseur n'utilise pas ces données à des fins commerciales. <input type="checkbox"/><i>L'absence d'un prix versé par le consommateur en contrepartie du contenu numérique fait présumer le caractère de contrepartie non pécuniaire des données fournies par le consommateur.</i></p>

6. **La qualification des données fournies par le consommateur.** - L'article 3.1. de la proposition dispose que « la présente directive s'applique à tout contrat par lequel un fournisseur fournit un contenu numérique au consommateur ou s'engage à le faire, en échange duquel un prix doit être acquitté ou une contrepartie non pécuniaire, sous la forme de données

personnelles ou de toutes autres données, doit être apportée de façon active par le consommateur ».

Le choix de la proposition de directive relative au contrat de fourniture de contenu numérique de qualifier la fourniture active de données par le consommateur de contrepartie non pécuniaire et de retenir comme seule contrepartie non pécuniaire cette fourniture active appelle deux suggestions.

7. **Les critères de qualification des données fournies activement en contrepartie non pécuniaire.** - En premier lieu, certaines données fournies activement par le consommateur peuvent ne pas être valorisées par le fournisseur de contenu numérique. L'exemple des circuits fermés de distribution de films (type Netflix, myCANAL, UniversCiné) est à cet égard éclairant. Ces fournisseurs de contenus numériques agissent sur la base d'une location payante de films pendant une durée limitée. Dans ces situations, le client fournit activement des données à caractère personnel telles que son adresse électronique et un mot de passe pour la bonne exécution du service. Or, ces données ne constituent pas la contrepartie. En outre, le fournisseur ne les cède pas à un tiers et n'y trouverait d'ailleurs pas d'intérêt économique. L'article 3.4. de la proposition de directive qualifie toutefois ces données non valorisées de contrepartie non pécuniaire, ce qui est une première équivoque qui devrait être levée car ces données ne sont justement pas une contrepartie contractuelle.

Par ailleurs, l'article 3.4. exclut du champ de l'échange contenu numérique contre données les données non valorisées par le fournisseur, et par conséquent les exclut du champ d'application de la proposition. Or, bien souvent, dans cette hypothèse, un prix est demandé au consommateur en contrepartie du contenu numérique et des services y afférents, ce qui permet à la relation contractuelle liant le consommateur au fournisseur de réintégrer le champ d'application du texte, au sens de l'article 3.1.

Enfin et à l'inverse, si la fourniture de contenu numérique ne s'opère pas en échange d'un prix, l'ensemble des données fournies par le consommateur devrait systématiquement être présumé constituer la contrepartie non pécuniaire, car la valorisation des données du consommateur est, dans cette hypothèse, l'unique source de rémunération du fournisseur. Il pourrait donc être souhaitable de clarifier ces différents points au sein de l'article 3.4. de la proposition de directive.

8. **Certaines données fournies passivement par le consommateur sont valorisées par le fournisseur et devraient, de ce fait, recevoir la qualification de contrepartie non pécuniaire.** - En second lieu, d'autres données que les données fournies activement par le consommateur peuvent être valorisées par le fournisseur. Elles doivent de ce fait permettre l'entrée dans le champ de la directive des relations contractuelles qu'elles sous-tendent et, ce, contrairement à ce qu'énoncent le considérant 14 et l'article 3.1 de la proposition de directive. Ce considérant et cet article limitent le champ d'application des contrats de fourniture de contenu numérique moyennant une contrepartie non pécuniaire à ceux pour lesquels le consommateur communique de façon active des données. Or, cette restriction n'est pas adaptée à la réalité de l'économie numérique. En effet, la plupart des données ne sont pas demandées au consommateur, mais captées à son insu. Le moteur de recherche Google précise ainsi que pour « améliorer ses services proposés aux utilisateurs », il utilise des informations « communiquées » par l'utilisateur, mais également des informations collectées telles que « le numéro de téléphone », « les identifiants uniques de l'appareil utilisé », « l'adresse IP », toutes données qui constituent donc autant de données recueillies à l'insu du consommateur⁵.

9. **Les conséquences de l'exclusion des données fournies passivement par le consommateur.** - Exclure les données fournies passivement du champ de la proposition de

⁵ V. <https://www.google.fr/intl/fr/policies/privacy> qui énumère ainsi les 57 critères utilisés par Google pour son algorithme de recherches.

directive pourrait aboutir à ne pas traiter équitablement les opérateurs économiques faisant commerce de la fourniture de contenu numérique et se rémunérant soit en recevant un prix, soit en valorisant les données du consommateur captées ou non à son insu. L'exclusion des données fournies passivement pourrait ainsi porter atteinte à l'objectif de non-discrimination entre opérateurs rappelé par le considérant 13 de la proposition de directive relative au contrat de fourniture de contenu numérique⁶. Il est donc suggéré de réécrire le considérant 14 en ne distinguant pas selon que les données fournies par le consommateur l'ont été de manière passive ou active. Devraient ainsi être visées non seulement les données apportées, consciemment ou non, par le consommateur, mais également les données personnelles ou autres qui sont simplement collectées par le fournisseur, y compris à l'insu du consommateur. Ce point permettrait d'éviter de grandes difficultés de qualification et de tracé de la frontière entre fourniture active et passive de données ; il ouvrirait également à un traitement véritablement équitable, au plan concurrentiel, des opérateurs économiques tel qu'enjoint par le considérant 13 de la proposition de directive.

En outre, la majeure partie des données fournies par le consommateur sont des données personnelles. Cela implique d'articuler la proposition de directive avec les textes relatifs à la protection des données personnelles.

2. Articulation de la proposition de directive avec le règlement général sur la protection des données

PROPOSITION DE DIRECTIVE concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique COM(2015) 634	PROPOSITION DE CORRECTION DE TRANS EUROPE EXPERTS
Article 3 Champ d'application (...) 8. La présente directive est sans préjudice de la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel.	Article 3 Champ d'application (...) 8. La présente directive est sans préjudice de la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel. <i>En l'absence de contrariété avec les règles du Droit de l'Union européenne relatives à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel, la présente directive s'applique en complément de celles-ci.</i>
Article 13 Résiliation 1. Le consommateur exerce le droit de résilier le contrat par notification	Article 13 Résiliation (...)

⁶ Sur cette question, M. Behar-Touchais, La recherche d'une concurrence équitable en matière de vente de contenus numériques en ligne : Dalloz IP/IT, 01/17, p. 26 et s.

<p>adressée au fournisseur par tout moyen. <input type="checkbox"/></p> <p>2. Lorsque le consommateur résilie le contrat:</p> <p>(a) le fournisseur est tenu de rembourser au consommateur le prix payé, sans retard excessif et en tout état de cause au plus tard 14 jours à compter de la réception de la notification; <input type="checkbox"/></p> <p>(b) le fournisseur prend toutes les mesures attendues pour s'abstenir d'utiliser la contrepartie non pécuniaire que le consommateur a apportée en échange du contenu numérique et toutes autres données qu'il a collectées dans le cadre de la fourniture du contenu numérique, y compris tout contenu fourni par le consommateur, à l'exception des contenus générés conjointement par le consommateur et d'autres personnes qui continuent à en faire usage; <input type="checkbox"/></p> <p>(c) le fournisseur procure au consommateur les moyens techniques lui permettant de récupérer tout contenu fourni par ce dernier et toutes autres données produites ou générées par suite de l'utilisation du contenu numérique par le consommateur, dans la mesure où ces données ont été conservées par le fournisseur. Le consommateur a le droit de récupérer le contenu gratuitement, sans inconvénient majeur, dans un délai raisonnable et dans un format de données couramment utilisé; <input type="checkbox"/></p> <p>(d) si le contenu numérique n'a pas été fourni sur un support durable, le consommateur s'abstient d'utiliser ce contenu ou de le rendre accessible à des tiers, notamment en le supprimant ou, à défaut, en le rendant inintelligible; <input type="checkbox"/></p> <p>(e) si le contenu numérique a été fourni sur un support durable, le consommateur:</p> <p>(i) à la demande du fournisseur et aux frais de ce dernier, restitue le support durable au fournisseur, sans retard excessif et en tout état de cause au plus tard 14 jours à compter de la réception de la demande du fournisseur; et <input type="checkbox"/></p>	<p><input type="checkbox"/></p> <p>(c) le fournisseur procure au consommateur les moyens techniques lui permettant de récupérer tout contenu fourni par ce dernier et toutes autres données produites ou générées par suite de l'utilisation du contenu numérique par le consommateur, dans la mesure où ces données ont été conservées par le fournisseur. Le consommateur a le droit de récupérer le contenu gratuitement, sans inconvénient majeur, dans un délai raisonnable et dans un format de données structuré, couramment utilisé, lisible par machine et interopérable;</p> <p>(...)</p>
--	---

<p>(ii) supprime toute copie utilisable du contenu numérique, rend celui-ci inintelligible ou, à défaut, s'abstient de l'utiliser ou de le rendre accessible à des tiers. <input type="checkbox"/></p> <p>3. À partir de la résiliation du contrat, le fournisseur peut empêcher toute utilisation ultérieure du contenu numérique par le consommateur, notamment en rendant le contenu numérique inaccessible au consommateur ou en désactivant le compte d'utilisateur de ce dernier, sans préjudice du paragraphe 2, point c). <input type="checkbox"/></p> <p>4. Le consommateur n'est pas tenu de payer l'utilisation qui a été faite du contenu numérique pendant la période antérieure à la résiliation du contrat. <input type="checkbox"/></p> <p>5. Lorsque le contenu numérique a été fourni en échange du paiement d'un prix et durant la période fixée dans le contrat, le consommateur ne peut résilier le contrat qu'en ce qui concerne la partie de cette période pendant laquelle le contenu numérique n'a pas été conforme au contrat. <input type="checkbox"/></p> <p>6. (...)</p>	
<p>Article 16 <input type="checkbox"/> Droit de résiliation des contrats à long terme <input type="checkbox"/></p> <p>1. Lorsque le contrat prévoit la fourniture du contenu numérique pour une durée indéterminée ou lorsque la première période de validité du contrat ou tout cumul de périodes de renouvellement dépasse 12 mois, le consommateur a le droit de résilier le contrat à tout moment après l'expiration des 12 premiers mois.</p> <p>2. Le consommateur exerce le droit de résilier le contrat par notification adressée au fournisseur par tout moyen. La résiliation devient effective 14 jours après la réception de la notification. <input type="checkbox"/></p> <p>3. (...) <input type="checkbox"/></p> <p>4. Lorsque le consommateur résilie le contrat conformément au présent</p>	<p>Article 16 <input type="checkbox"/> Droit de résiliation des contrats à long terme <input type="checkbox"/></p> <p>(...)</p>

<p>article: (...)</p> <p>(b) le fournisseur procure au consommateur les moyens techniques lui permettant de récupérer tout contenu fourni par ce dernier et toutes autres données produites ou générées par suite de l'utilisation du contenu numérique par le consommateur, dans la mesure où ces données ont été conservées par le fournisseur. Le consommateur a le droit de récupérer le contenu sans inconvénient majeur, dans un délai raisonnable et dans un format de données couramment utilisé, et □</p> <p>(...)</p>	<p>b) le fournisseur procure au consommateur les moyens techniques lui permettant de récupérer tout contenu fourni par ce dernier et toutes autres données produites ou générées par suite de l'utilisation du contenu numérique par le consommateur, dans la mesure où ces données ont été conservées par le fournisseur. Le consommateur a le droit de récupérer le contenu sans inconvénient majeur, dans un délai raisonnable et dans un format de données, <i>structuré, couramment utilisé, lisible par machine et interopérable (...)</i></p>
---	--

10. **Données personnelles fournies par le consommateur.** - Les informaticiens de l'INRIA ont pu montrer, dans le contexte visé par la proposition de directive relative au contrat de fourniture de contenu numérique, que la majeure partie (sinon la quasi-totalité) des données apportées par le consommateur pouvait être rattachée à sa personne et être qualifiée de données personnelles. Dans cette perspective, le considérant 22 de la proposition de directive⁷ prévoit l'articulation de ladite proposition avec les textes européens relatifs à la protection des données personnelles. L'article 3.8. énonce quant à lui solennellement que « la présente directive est sans préjudice de la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel ». La mise en application de cette position de principe au sein de la proposition de directive relative au contrat de fourniture de contenu numérique n'est cependant pas chose aisée et met en lumière la divergence des logiques qui innervent, d'un côté, les textes protecteurs des personnes et de leurs données personnelles et, d'un autre côté, ladite proposition de directive. Celle-ci envisage en effet ces mêmes données personnelles selon une logique purement contractuelle. Pour tenter de les articuler, il est donc nécessaire d'envisager successivement la question du consentement au traitement des données personnelles (A), puis la question de la restitution des données (B).

A. Le consentement au traitement des données personnelles

11. **Consentement au traitement des données et contrepartie non pécuniaire.** Une première contrariété de logiques apparaît relativement à la question du consentement au traitement des données personnelles par la personne concernée. Au sens de l'article 6 du règlement général sur la protection des données (RGDP), n° 2016/679, du 27 avril 2016, abrogeant la directive 95/46/CE à compter du 25 mai 2018⁸, six bases alternatives de la

⁷ COM(2015) 634 final, consid. 22 : « La protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel est régie par la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil et par la directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil, qui sont pleinement applicables dans le cadre des contrats de fourniture de contenu numérique. Ces directives établissent d'ores et déjà un cadre juridique dans le domaine des données à caractère personnel dans l'Union. La mise en œuvre et l'application de la présente directive devraient être parfaitement conformes à ce cadre juridique ».

⁸ Règl. (UE) 2016/679 du 27 avr. 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE.

licité d'un traitement de données sont posées⁹. Lorsque la base de traitement licite des données est le consentement de la personne concernée, l'article 7.3. du RGDP prévoit que « la personne concernée a le droit de retirer son consentement à tout moment. Le retrait du consentement ne compromet pas la licéité du traitement fondé sur le consentement effectué avant ce retrait. La personne concernée en est informée avant de donner son consentement. Il est aussi simple de retirer que de donner son consentement ».

Cette possibilité de retrait par le consommateur du consentement au traitement des données qu'il a apportées participe d'une première logique : celle au sein de laquelle la donnée personnelle est envisagée comme « le support d'un droit fondamental (celui à la protection de la personne numérique contre les fichages, profilages, surveillance illégitime, discriminations, atteintes à la vie privée, etc.) »¹⁰.

Or, cette première logique s'articule difficilement avec la notion de contrepartie contractuelle, au sens classique du terme (prix, chose corporelle transmise à titre de paiement...), retenue dans la proposition de directive relative au contrat de fourniture de contenu numérique pour désigner les données fournies par le consommateur. En effet, dans cette seconde logique, il n'est pas concevable pour un client de retirer son consentement à l'utilisation, par le fournisseur, du prix ou encore de la contrepartie pécuniaire ou non qu'il vient de verser à titre de paiement.

12. **Contradiction ou complémentarité des textes.** Ce premier constat permet la formulation d'une suggestion : cette divergence des logiques devrait aboutir, en cas de contradiction entre les textes, au primat de ceux relatifs à la protection du droit fondamental du consommateur à la protection de sa personne numérique sur ceux poursuivant une logique purement contractuelle. C'est d'ailleurs ce qu'énonce l'actuel 3.8. de la proposition de directive, qui doit être approuvé. En revanche, lorsque cette divergence des logiques n'entraîne pas de contradiction entre les textes, mais une complémentarité entre eux, il pourrait être souhaitable de laisser au consommateur la possibilité de se prévaloir tout à la fois des textes relatifs à la protection des données personnelles et au contrat de fourniture de contenu numérique.

La divergence des logiques du RGDP et de la proposition de directive relative au contrat de fourniture de contenu numérique apparaît également relativement aux règles qui encadrent les restitutions des données apportées par le consommateur.

B. La restitution des données au consommateur

13. La proposition de directive ouvre au consommateur un droit de résiliation du contrat, à titre subsidiaire — du fait de la hiérarchie des remèdes qu'elle porte —, en cas de défaut de conformité ; à titre principal en cas de défaut de fourniture de contenu. Puisque la résiliation

⁹ Règl. (UE) 2016/679 du 27 avr. 2016, art. 6.1 : « Le traitement n'est licite que si, et dans la mesure où, au moins une des conditions suivantes est remplie: a) la personne concernée a consenti au traitement de ses données à caractère personnel pour une ou plusieurs finalités spécifiques; b) le traitement est nécessaire à l'exécution d'un contrat auquel la personne concernée est partie ou à l'exécution de mesures précontractuelles prises à la demande de celle-ci; c) le traitement est nécessaire au respect d'une obligation légale à laquelle le responsable du traitement est soumis; d) le traitement est nécessaire à la sauvegarde des intérêts vitaux de la personne concernée ou d'une autre personne physique; e) le traitement est nécessaire à l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique dont est investi le responsable du traitement; f) le traitement est nécessaire aux fins des intérêts légitimes poursuivis par le responsable du traitement ou par un tiers, à moins que ne prévalent les intérêts ou les libertés et droits fondamentaux de la personne concernée qui exigent une protection des données à caractère personnel, notamment lorsque la personne concernée est un enfant ».

¹⁰ J. Rochfeld, *Le « contrat de fourniture de contenus numériques » : la reconnaissance de l'économie spécifique « contenus contre données »*, préc.

entraîne des restitutions, il en résulte que le fournisseur doit restituer au consommateur les données fournies. Cette obligation de restitution des données personnelles appelle, tout d'abord, des observations d'ordre technique concernant le moment et le format de la restitution, mais également relativement à la nature des données restituées (1). La comparaison, juridique cette fois, de la proposition de directive relative au contrat de fourniture de contenu numérique et du règlement général sur la protection des données permet de confirmer la divergence des logiques de ces deux textes et de suggérer le maintien de chacun d'eux lorsque cette divergence n'aboutit pas à des règles inconciliables mais à des règles complémentaires (2).

1° Observations de l'INRIA

14. **Sur la restitution de données.** La restitution des données aux individus commence à entrer dans les mœurs. Ce mouvement, né aux Etats-Unis sous le nom de *smart disclosure*, permet déjà aux citoyens américains de récupérer leurs données de consommation électrique (*Green Button*) ainsi que leurs données médicales (*Blue Button*) en cliquant sur un simple bouton des sites web concernés. Cette tendance a également fait des émules en Grande-Bretagne (projet MiData) et en France (expérimentation MesInfos). Elle est désormais consacrée *via* les principes de restitution et de portabilité des données, à la fois dans le RGDP et dans la loi Lemaire pour une République numérique. Ces données sont récupérables dans un format courant et lisible par une machine.

15. Cette caractéristique de lisibilité par une machine est essentielle pour permettre l'exploitation ultérieure des données restituées par des programmes et devrait être rendue plus explicite dans le texte de la présente directive. Ainsi, une restitution sous la forme d'un document PDF aurait peu d'intérêt pour le consommateur. L'obligation de restitution doit cependant respecter un principe de proportionnalité. Il paraît par exemple difficile d'exiger du professionnel qu'il restitue la description de l'avatar que le consommateur se serait constitué dans un jeu vidéo, l'effort à fournir étant démesuré par rapport à l'intérêt représenté pour le consommateur. En revanche, toutes les données fournies directement par le consommateur, ainsi que les données d'interaction avec un service numérique, en tant qu'elles peuvent trouver de nombreuses applications pour le consommateur une fois intégrées dans un cloud personnel (optimisation de son budget, de sa consommation, de ses déplacements, de sa santé, etc.) devraient, elles, entrer dans le champ de la restitution. La distinction entre données restituables et données non restituables pourrait ainsi se faire au regard de l'effort de transformation de la données par le professionnel — de la donnée brute (état dans lequel la données est captée) en une donnée enrichie — ainsi que de l'intérêt de sa restitution pour le consommateur. Par exemple, l'effort est nul pour une donnée liée à un achat sur le web car la donnée captée est stockée telle quelle, alors que cet effort est important si les données sont transformées pour construire un profil sophistiqué (comme dans l'exemple de l'utilisation d'un classifieur). Cet effort de transformation traduit par ailleurs la plus-value apportée par le fournisseur et pourrait difficilement être restituée sans dévoiler sa stratégie commerciale ou son savoir-faire technique. Considérant le fait que les projets existants de *smart disclosure*, ainsi que le règlement RGDP et la loi pour une République numérique prévoient une restitution des données sur demande, il est étonnant que, dans le présent texte, ce principe soit limité aux cas de résiliation du contrat. On peut également s'étonner que, en cas de rupture du contrat, le fournisseur doive s'abstenir d'utiliser la contrepartie non pécuniaire reçue du consommateur ainsi que toute donnée fournie par le consommateur ou collectée par le fournisseur. Il paraîtrait plus logique et explicite, en effet, de l'obliger à la destruction des données en question.

2• Restitution et portabilité des données

16. **La divergence des logiques.** - L'articulation des articles 13 et 16 de la proposition de directive relative au contrat de fourniture de contenu numérique avec l'article 20 du règlement général sur la protection des données n'est pas chose aisée. La comparaison des deux ensembles de dispositions traduit à nouveau les deux logiques à l'œuvre concernant la question des données personnelles.

16. **La nature des données restituables.** - La première différence porte sur la nature des données restituables. Le RGDP ne prévoit que la « portabilité » des données « personnelles »¹¹, alors que la proposition de directive envisage la restitution au consommateur de ses données personnelles et non personnelles. Le constat de cette première différence doit être tempéré à deux égards. Les informaticiens de l'INRIA ont pu démontrer que la majeure partie des données apportées par le consommateur dans le cadre d'un contrat de fourniture de contenu numérique était des données personnelles. En outre, il sera rappelé que l'article 3.1. de la proposition de directive prévoit pour l'instant que seules les données fournies activement par le consommateur entrent dans le champ d'application du texte. Ce faisant, seules ces données pourront faire l'objet d'une restitution, à l'exception de celles fournies passivement par le consommateur, alors même que celles-ci font le plus souvent l'objet d'une valorisation par le fournisseur.

17. **Le fondement de la restitution.** - Le fondement de la restitution varie également. Le RGDP, dans son article 20, prévoit la portabilité des données personnelles de la personne concernée dans des hypothèses plus générales que la proposition de directive. La perspective du RGPD est de permettre que la personne concernée ne se retrouve pas enfermée « dans un écosystème captif sans avoir à abandonner son historique numérique »¹². L'affirmation du caractère large des hypothèses ouvrant droit à « portabilité » des données doit néanmoins être tempérée, dès lors que toutes les bases licites de traitement des données au sens de l'article 6 du RGDP n'ouvrent pas droit à portabilité des données collectées. En effet, l'article 20 prévoit la seule « portabilité » des données personnelles pour lesquelles, non seulement « le traitement est effectué à l'aide de procédés automatisés », mais également pour lesquelles « la personne concernée a consenti au traitement de ses données à caractère personnel » ou pour lesquelles « le traitement est nécessaire à l'exécution d'un contrat auquel la personne concernée est partie ou à l'exécution de mesures précontractuelles prises à la demande de celle-ci ». En d'autres termes, la portabilité de l'article 20 n'est pas prévue dans les autres hypothèses et notamment celle où la base de licéité du traitement est, non pas le consentement ou le contrat, mais « des intérêts légitimes poursuivis par le responsable du traitement ou par un tiers » au sens de l'article 6.1.f) de ce même règlement.

Dans le cadre de la proposition de directive relative au contrat de fourniture de contenu numérique, le fondement de la restitution des données apportées par le consommateur est tout autre, dès lors que cette restitution se fonde sur la logique contractuelle qui anime le texte. L'article 13 de la proposition prévoit en effet, d'une part, la restitution en cas de résiliation pour faute du contrat de fourniture, et précisément en cas de défaut de fourniture au sens de l'article 11 ou en cas de grave défaut de conformité du contenu numérique au sens de l'article 12.5. L'article 16 de la proposition prévoit, d'autre part, la restitution en cas de résiliation unilatérale des contrats de fourniture de contenu numérique à durée indéterminée ou d'une durée déterminée supérieure à un an et, ce, seulement « après l'expiration des 12 premiers mois ». Dans cette dernière hypothèse, la proposition de directive offre au consommateur la possibilité de changer de fournisseur volontairement, même en l'absence de défaut de

¹¹ Data Protection Working Party, *Guidelines on the right to data portability*, 13 Dec. 2016, WP 242, art. 29.

¹² C. Berthet, C. Zolynski, N. Anciaux, Ph. Pucheral, *Contenus numérique, récupération des données et empouvoirement du consommateur* : Dalloz IP/IT, 01/2017, p. 29 et s.

conformité, et de se tourner vers un autre fournisseur de service similaire. La restitution des données au titre du droit de résiliation unilatérale, telle qu'elle est actuellement prévue par l'article 16, assure ainsi une réelle garantie de mise en concurrence des fournisseurs et supprime les entraves à la sortie du consommateur d'un écosystème.

18. **Le moment de la restitution.** - En raison de ces logiques distinctes, le moment de la restitution est également différent. Si la restitution peut intervenir à tout moment dans le cadre du RGDP, la restitution n'est offerte au consommateur par la proposition de directive que dans les cas d'ouverture de la résolution du contrat de fourniture pour faute ou de la résiliation des contrats de fourniture de contenu numérique de longue durée.

19. **Les conséquences de la restitution.** - L'article 20 du RGDP précise que le droit à la portabilité de ses données par la personne concernée s'accompagne non seulement d'un droit pour ladite personne « d'obtenir que les données à caractère personnel soient transmises directement d'un responsable du traitement à un autre, lorsque cela est techniquement possible », mais également d'un droit à l'effacement de ses données au sens de l'article 17 du RGDP. Le considérant 37 de la proposition de directive relative au contrat de fourniture de contenu numérique, qui explicite les articles 13 et 16, met quant à lui en lumière une solution partiellement différente : « En cas de résiliation du contrat par le consommateur, le fournisseur devrait rembourser le prix payé par le consommateur ou, en cas de fourniture de contenu numérique non pas en échange d'un paiement mais en contrepartie de l'accès à des données fournies par le consommateur, le fournisseur devrait s'abstenir d'utiliser ces données, de les transférer à des tiers ou d'autoriser des tiers à y accéder après la résiliation du contrat. L'obligation de s'abstenir d'utiliser les données signifie, au cas où la contrepartie consiste en données à caractère personnel, que le fournisseur devrait prendre toutes les mesures afin de se conformer aux règles de protection des données en les supprimant ou en les anonymisant de telle sorte que le consommateur ne puisse être identifié par aucun moyen raisonnablement susceptible d'être utilisé par le fournisseur ou toute autre personne. Sans préjudice des obligations d'un responsable du traitement en vertu de la directive 95/46/CE, le fournisseur ne devrait pas être tenu de prendre d'autres mesures concernant les données que le fournisseur a légalement communiquées à des tiers au cours de la durée du contrat de fourniture de contenu numérique ».

20. **Complémentarité des règles.** - Dans les quatre hypothèses qui viennent d'être énoncées, la divergence des logiques et des solutions du RGDP et de la proposition de directive ne se traduit pas par une contrariété entre les règles, mais plutôt par une complémentarité entre celles-ci. Il est donc suggéré de laisser au consommateur la possibilité de se prévaloir, selon ses intérêts, des deux corps de règles¹³.

21. **Le format de la restitution.** - Les articles 13 et 16 de la proposition de directive offrent au consommateur le droit de récupérer le contenu numérique « dans un format de données couramment utilisé ». Dans une perspective d'harmonisation avec le Règlement général sur la protection des données, il est néanmoins suggéré de reprendre la formulation plus précise utilisée par l'article 20 du règlement lequel prévoit, au titre de la portabilité des données, que celle-ci doit s'opérer, par réception des données dans un « format structuré, couramment utilisé, lisible par machine et interopérable »¹⁴.

¹³ Le constat des différences entre la proposition de directive relative au contrat de fourniture de contenu numérique et le règlement (UE) 2016/679 du 27 avr. 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE a permis à certains auteurs de proposer une toute autre solution, à savoir l'exclusion du champ d'application de la proposition de directive des questions de récupération des données personnelles, dans un souci de conformité au règlement. V. C. Berthet, C. Zolynski, N. Anciaux, Ph. Pucheral, *op.cit.*, p. 32.

¹⁴ Règl. (UE) 2016/679 du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE, art. 20. V. égal. consid. 68.

